

アメリカ合衆国憲法と訓令

—Cook v. Gralike 判決を契機として—

二本柳 高 信

目次

はじめに

I 訓令の現代的問題状況

A 多選制限運動

- 1 多選制限運動が抱える構造的困難
- 2 多選制限運動の戦術
- 3 多選制限運動の行き詰まり？

B 訓令の登場

C 司法の応答

- 1 第8巡回控訴裁判所判決
- 2 連邦最高裁判所判決
- 3 司法判決の意味

II アメリカ憲法史における訓令

A 前史

B 合衆国憲法の制定

C 19世紀の訓令

III 第17修正と訓令

A 第17修正の訓令に対する影響の一般的な理解

B 訓令と第17修正の成立

C 第17修正と多選制限運動

おわりに

はじめに

日本国憲法は、43条1項で国会議員を「全国民を代表する」ものとしているが、これは、中世の身分制議会の否定であると説明されるのが一般的

である。すなわち、中世の身分制議会にあっては、「議員は選挙人から『命令的委任状』を受け取る。その結果、議員は選挙人の意見と投票から自由なのではなく、議員が代表し、その旅費を支払う選挙人の指示に従ってのみ、発言し、行動することができる」^{*1}。そして、議員が選挙人の指示に従わないときには、選挙人は議員を罷免できる。

これに対して、「全国民を代表する」議員は、「全国民のために活動すべき道義的な責任があり」、「選挙区の選挙民の具体的・個別的な指令に法的に拘束されず、良心に従って自由に表決する権利を有する」と説かれる^{*2}。

これに関連して、「議員は院内での発言・討論・表決について院外で責任を問われない（いわゆる免責特権）とする51条の規定も、近代的な国民代表の観念に由来する」^{*3}と説明されることがある。議員が自らの選出母体の指示に従わなかった場合、民事・刑事の法的な責任は追及されてはならないということを51条は意味しているということであろう^{*4}。

*1 A.R. マイヤーズ（宮島直機訳）『中世ヨーロッパの身分制議会』32頁（刀水書房、1996）（ただし、フランスの全国三部会についての記述である）。もっとも、「イギリスはもとより、フランス等の大陸諸国の身分制議会でも、ひろく『命令委任』が実際に行われていたとする確かな証拠はないように思われる」（高見勝利『芦部憲法学を読む』68頁（有斐閣、2004））との指摘もなされている。

*2 芦部信喜『憲法叢説 2 人権と統治』244頁（信山社、1995）。

*3 佐藤功『憲法（下）〔新版〕』638頁（有斐閣、1984）。

*4 もっとも、学説におけるリコール制の扱いには微妙なものが見られる。日本国憲法下での命令委任の合憲性を認める——むしろ憲法上要請されるとする——人民主権論の立場をとる論者でなくとも、「あらゆる形態の強制委任が本条〔＝43条——引用者注〕によって絶対的に否認されている（たとえば一定の要件の下に議員の解職請求を定める法律が直ちに違憲となる）とまで断ずることはできないであろう」（芦部・前掲註（2）246頁）といった記述が見られる。51条で免責されるのはあくまでも「一般国民ならば負うべき法的責任」と捉えれば、リコール制は51条の問題とはならない（その合憲性が別の条項との関連で問題となる余地はあるものの）ということであろうか。

さて、アメリカ合衆国憲法をみると、そこでも、連邦議会議員は「議院における発言もしくは討議について、院外において責任を問われない」^{*5}とする、いわゆる発言・討議条項が存在している。これは日本国憲法51条とほぼ同文であり^{*6}、したがって、ほぼ同一の意味内容を有するようにみえる。

しかしながら、アメリカ合衆国においては、20世紀末に、連邦議会議員の多選を制限する合衆国憲法修正の実現を目的として、いくつかの州で連邦議会議員に対する訓令とも評しうるシステムが採用された。そして、その合憲性を審査した連邦最高裁は、結論としてはそれを違憲と判断したが、連邦議会議員に対する有権者の訓令が合衆国憲法に違反するとは明言しなかったのである^{*7}。

このことは、アメリカ合衆国憲法（と民主政）についてこれまであまり意識されてこなかった問題の存在を示唆しているように思われる。そしてまた、その問題の検討は、憲法と民主政治の関係について何らかの知見を与えることが期待される。

もっとも、これまでのアメリカ憲法研究において訓令をめぐる議論はほとんどなされてこなかったように思われる。そこで本稿は、予備的な作業として、前述の多選制限運動が引き起こした判例・学説の状況を紹介することを目的とする。

本稿の構成は次の通りである。まずⅠで、多選制限運動において訓令がどのように登場してきたかを、そしてそれに対して司法がどのように応答したのか、確認する。連邦最高裁はしかしここで、連邦議会議員に対する

*5 U.S. CONST. art. I, § 6, cl. 1. アメリカ合衆国憲法の発言・討議条項については、新井誠「アメリカにおける議員免責特権について—合衆国憲法の発言・討議条項をめぐる歴史と解釈—」千葉23巻1号103頁（2008）が詳細である。

*6 ただし、日本国憲法にはあった「表決」という語が、アメリカ合衆国憲法にはない。

*7 *Gralike v. Cook*, 531 U.S. 510 (2001).

訓令の可否について明言を避けた。その理由としては、アメリカ憲法史における訓令の存在があるのではないかと考えられる。そこでⅡでは、アメリカにおける訓令の歴史を辿る。最後にⅢでは、訓令の消滅の原因であるとしばしば評されている合衆国憲法第17修正が、しかし、その成立過程において、訓令を用いた20世紀末の多選制限運動との類似性を指摘されていることを示す。

I 訓令の現代的問題状況

A 多選制限運動

1. 多選制限運動が抱える構造的困難

1990年代に全米規模で拡大した連邦議会議員の多選制限を求める運動は、他の政治運動には見られない、構造的な困難を抱えるものであった。それは、その実現が議員の自己利益に反するという点である。通常の方策案であれば、それが有権者の多数の望むものであれば、議員はそれを支持・推進することが一般に期待できる。なぜならば、そうすることが自らの再選確率を増大させるからである。

しかしながら、連邦議会議員の任期制限は、それが実現されたならば現職議員の再選確率を低下させるところか、ゼロにしてしまうものである。そうであれば、たとえ世論の圧倒的な支持があろうとも、その実現に反対することは議員にとってきわめて合理的な振る舞いであろう^{*8}。したがって、連邦議会の立法を通じてその実現を図るということは——たとえ合衆

*8 See Kris W. Kobach, *Rethinking Article V: Term Limits and the Seventeenth and Nineteenth Amendments*, 103 YALE L.J. 1971, 1973 (1994) (「今日まで、連邦議会議員の多選を制限する150以上の法案が連邦議会に提出されている——大部分が1970年代半ば以降——が、1つしか本会議の投票にかけられていない。その投票は上院で1947年になされ、82対1で否決された」)。

国憲法によって禁じられていないとしても^{*9}——現実問題としてほとんど不可能といえる^{*10}。

2. 多選制限運動の戦術

そこで、連邦議会議員の多選制限を求める運動は、まず、連邦議会を通じてではなく、州法を通じて多選制限を実現するという戦術を採用した。最初に、イニシアティブによる直接立法が認められている約半数の州で連邦議会議員の多選を制限する制定法ないし州憲法修正を成立させ、それから他州へも拡大させ、最終的には連邦議会に自らの議員の多選を制限する合衆国憲法修正の発議を余儀なくさせる、というものである^{*11}。

この戦略の第一段階は一定の成功を収め、1990年代半ばまでにおよそ半数の州で、州憲法の修正か州法の制定によって任期制限が実現した^{*12}。そして、その影響を受ける連邦議会の下院議員と上院議員の割合もかなりのものとなった^{*13}。

*9 後述するように、連邦最高裁は連邦議会議員の多選制限は合衆国憲法の修正によってのみ許されるとしている。

*10 なお、世論の多数の支持を得ていたとされる多選制限が——それ自体としては許容されうる政策であると思われるにもかかわらず——実現しなかったことについて、憲法と民主主義の関係から検討する別稿を予定している。

*11 See Kobach, *supra* note 8, at 1974-75.

*12 22州のうち、「純粋な」任期制限は8州であり、他の14州は、制限を超えた多選を望む現職議員には、write-in 候補者としての立候補を認める“ballot access”であると分類されている。See Elizabeth Garrett, *Term Limitations and the Myth of the Citizen-Legislator*, 81 CORNELL L. REV. 623, 624 n. 1 (1996). もっとも、Garrett は、後者のうちのアーカンソー州、オクラホマ州、ワイオミング州の規定は実質的には純粋な多選制限として機能するだろうと評価している。See *id.* なお、これらのうち、圧倒的多数の州がイニシアティブによって任期制限を実現しており、州議会によって実現したのはごくわずかである。See Kathleen M. Sullivan, *Dueling Sovereignities: U.S Term Limits, Inc. v. Thornton*, 109 HARV. L. REV. 78, 78 n. 1 (1995) (「21州がイニシアティブによって、2州が立法府の法律によって、任期制限を課した」)(citing Grover G. Norquist, *A Limited Future*, AM. SPECTATOR, Aug. 1995, at 58, 58).

3. 多選制限運動の行き詰まり？

州レベルで実現した連邦議会議員の多選制限に対して、連邦最高裁は、*U.S. Term Limits v. Thornton* 判決^{*14}において、連邦議会議員の多選を州が制限することは合衆国憲法に違反するとした。連邦最高裁の多数意見の挙げる理由を一言でまとめれば、「各州にそれぞれの連邦職についての資格要件を認めることは、合衆国の人民を代表する統一的な全国立法府という制憲者のヴィジョンと整合しない」^{*15}ことである。

もっとも、*Thornton* 判決は、連邦議会議員の資格要件は合衆国憲法のいわゆる資格条項^{*16}が排他的に定めており、州だけでなく、連邦議会がそれについて定めることも許されないとしている。すなわち、「各州に連邦議会議員の多選制限を採用するのを許すことは、憲法のフレームワークに根本的な変更の影響を与える。かかる変更は、連邦議会もしくは個別の州が採択する立法によってなされてはならず——選挙プロセスの他の重要な変更がそうであったように——合衆国憲法第5編に定められた修正手続

*13 See Sean R. Sullivan, *A Term Limit by Any Other Name: The Constitutionality of State-Enacted Ballot Access Restrictions on Incumbent Members of Congress*, 56 U. PITT. L. REV. 845, 846-47 (1995) (「連邦議会議員の多選を制限する州憲法修正あるいは立法……は、連邦議会下院と上院の現職議員のおよそ40%に影響した」)。

*14 514 U.S. 779 (1995). 本判決を扱った邦語文献として、以下がある。飯田稔「連邦議会議員の任期制限——*U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton* 判決を契機として」新報103巻2・3号417頁(1997)、高見勝利「議員の任期制限——*U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 115 S. Ct. 1842 (1995)」ジュリ1111号226頁(1997)、山本龍彦「アメリカ共和主義的憲法理論と議員の多選制限——憲法『修正』過程における司法の役割に関する予備的考察として」法政論究57号189頁(2003)。

*15 514 U.S. at 783. これに対して Thomas 裁判官が執筆し、Rehnquist 首席裁判官、O'Connor 裁判官、Scalia 裁判官が加わった反対意見は、合衆国憲法には連邦議会議員の候補者の資格を定める権限を州から剥奪するものではなく、「合衆国憲法が沈黙している場合には、それは州や人民による行為に対する障害を設けていない」(*id.* at 845) とする。

*16 U.S. CONST. art. I, § 4, sec. 1.

を通じてなされなければならない」^{*17}。

そうすると、多選制限運動は、合衆国憲法修正を目指すほかはない。憲法修正の発議の方法として合衆国憲法第5篇が規定するのは、連邦議会によるものと修正発議を目的とする憲法会議によるものの二つである。そもそも、多選制限運動が州を通じての実現を目指した理由が連邦議会議員の自己利益にあったことからして、連邦議会による憲法修正の発議は望むべくもないように思われる。しかしながら、いささか驚かされることに、多選制限運動が新たにとった戦術は連邦議会による憲法修正の発議を目指すものであった^{*18}。それはいかなる戦術であったのか、次にそれを確認しよ

*17 514 U.S. at 837. ここで多数意見は、そのような変更の例として5つの合衆国憲法修正を挙げている。上院議員の直接選挙を定めた1913年の第17修正、女性参政権を認めた1920年の第19修正、大統領の三選を禁止した1951年の第22修正、選挙権の要件としての人頭税を禁じた1964年の第24修正、そして、18歳選挙権を保障した1971年の第26修正である。もっとも、「憲法のフレームワークにおける根本的変化」は憲法修正プロセスを通じてのみもたらされなければならないというのは歴史的に正しいのか、疑問視する声もある。See Ronald D. Rotunda, *The Aftermath of Thornton*, 13 CONST. COMMENT. 201 (1996) (大統領選挙人と第17修正について議論); Vikram David Amar, *The People Made Me Do It: Can the People of the States Instruct and Coerce Their State Legislatures in the Article V Constitutional Amendment Process*, 41 WM. & MARY L. REV. 1037, 1070 n. 133 (2000) (「第17修正は、上院議員を選出するという人民の(すでにある)権限を明瞭化するために採択され得た。憲法典の諸条項は、この明瞭化効果のためにしばしば挿入されている」)。

なお、連邦議会が連邦議会議員の資格要件を定めることができないことに関して、多数意見は、次のように述べている。「制憲者たちは、連邦議会に自らの資格要件を定める権限を付与することは、自己強化と微妙な憲法上のバランスの混乱とを不可避免的にもたらすだろうことを特に懸念した」(*id.* at 832)。このような「懸念」について、拙稿「18歳選挙権——選挙権年齢を法律で定めることの意味」法教430号44頁(2016)で論じたことがある。

*18 修正の発議を目的とする憲法会議は、アメリカ憲法史においてこれまで招集されたことがない。See Kris W. Kobach, *May "We the People" Speak?: The Forgotten Role of Constituent Instructions in Amending the Constitution*, 33 U.C. DAVIS L. REV. 1, 5 n. 8 (1999) (「勿論、理論的には、憲法会議を招集することも可能であろう。しかしながら、憲法会議の招集を連邦議会に求める約400の州の申し入れがすべて成功しな

う。

B 訓令の登場

Thornton 判決を受けて、連邦議会議員の多選制限運動が改めてとった戦術は、おおよそ次のようなものである。まず、各州において、その州選出の連邦議会議員に対して、連邦議会議員の任期を制限する合衆国憲法修正を支持するよう指図する (instruct)^{*19}イニシアティブを採択する。そして、連邦議会議員選挙に際して、再選を目指す現職議員がこの訓令に従わなかった場合には、その氏名の隣にその旨を記載したラベル——「緋文字 (The Scarlet Letter)」^{*20}とも呼ばれる——を貼ることを定める州憲法修正を成立させる。

連邦議会議員の多選を制限する合衆国憲法修正の成立を目指すこのような仕組みは、“instruct-and-inform laws” と呼ばれることがあるが^{*21}、1996年11月に多くの州で州民投票にかけられ、そのうち9州で成立した^{*22}。以下ではまず、それがより具体的にはどのようなものであるのか、ミズーリ州憲法修正の規定（修正73）で確認しておこう。

1996年11月の州民投票で可決された修正73は、下院では3期に、上院では2期に、多選を制限しようとし、この目的を達成するために、ミズーリ

かったという事実には照らして、このルートはほとんど確実に袋小路であるように思われる」)。

*19 以下、“instruct (ion)” の訳語として「指図 (する)」または「訓令」を用いる。

*20 Gralike, 531 U.S. at 525 (原告側がこのような呼び、連邦最高裁の多数意見も原告側の「これらの描写に同意」している)。

*21 Kobach, *supra* note 18, at 3.

*22 可決したのは、アラスカ州、アーカンソー州、コロラド州、アイダホ州、メイン州、ミズーリ州、ネブラスカ州、ネバダ州、サウスダコタ州である。他方で、モンタナ州、ノースダコタ州、オレゴン州、ワシントン州、そしてワイオミング州の5州では否決されている。なお、1998年にはカリフォルニア州でも可決されている。*See id.* at 3 n. 1.

州選出の連邦議会議員に、任期制限を課すよう合衆国憲法を修正するためにその権限を用いることを命じている。もしミズーリ州選出の下院議員や上院議員がこの指図に従わなければ、「任期制限に関する有権者の訓令を無視した」というラベルが、次の選挙期間中、投票所でその氏名の隣に印刷されることになる^{*23}。新人の候補者については、もし当選したならば多選を制限するよう合衆国憲法を修正するのに自らの権限を用いることを宣誓するよう求められた。そして宣誓をしなかった候補者には、投票所でその氏名の隣に「多選制限を支持する宣誓を拒否」というラベルが貼られる^{*24}。なお、現職議員の候補者についても新人の候補者についても、ラベルが投票所で貼られるかどうかを決めるのは州務長官であるが、その決定を下す際にパブリック・コメントを検討することが求められる^{*25}。

C 司法の応答

1 第8巡回控訴裁判所判決

連邦議会議員の多選制限を実現するためになされたこのような各州の憲法修正は、当然予期されるように、成立直後から合衆国憲法に違反するとして各地で訴訟が提起され、各州の裁判所や連邦下級裁判所で違憲判決があいついだ。これらの裁判所の典型的な反応は、かかる仕組みは合衆国憲法第5編に違反するというものであったが、合衆国憲法の他の条項を持ち出すものもあった^{*26}。

ミズーリ州の前述の憲法修正については、州民投票から一月後には連邦

^{*23} Mo. CONST. art. VIII § 17 (1996).

^{*24} *Id.* § 18.

^{*25} *Id.* § 19.

^{*26} See Kobach, *supra* note 18, at 7-8 (合衆国第五編違反とした州裁判所判決を列挙)。See also *id.* at 8 (「アイダホ州最高裁のみが、合衆国憲法第五編違反との訴えに対して訓令を支持した」)(citing *Simpson v. Cenarrusa*, 944 P. 2d 1372, 1374-77 (Idaho 1997)).

地区裁判所に憲法違反の訴えが提起された。連邦地区裁判所は原告の訴えを認めたため、ミズーリ州の州務長官が合衆国第8巡回控訴裁判所に上訴したが、同裁判所は違憲判決を下した^{*27}。

合衆国第8巡回控訴裁判所はまず、当該修正は、連邦議会の議員の言論を限定ないし押しつける市民による試みであって、連邦議会議員の自由な言論の諸権利を侵害するとした。すなわち「有権者の教育が、ミズーリ州憲法修正が達成することを意図されたやむにやまれぬ州の利益」であることは認めつつも、「ミズーリ州憲法修正は有権者の教育というその目的達成のためにピッタリと仕立てられていないので厳格審査をパスしない」とした^{*28}。

第8巡回控訴裁判所はまた、「上院議員と下院議員とが連邦議会での発言・討議・行為に関して疑問を投げかけられ、それらを理由に罰せられうるシステムを創設している」^{*29}ので、合衆国憲法の発言・討議条項に違反するともした。

さらに第8巡回控訴裁判所は、当該修正は合衆国憲法第1編の意味での資格要件には関わらないという州側の主張を退け、Thornton 判決の「州憲法修正は、候補者のあるクラスにハンディキャップを負わせる効果を有しそうで、かつ、追加的な資格要件を間接的に創出するという唯一の目的を有しているときには、違憲である」^{*30}というテストをパスしないという理由で、資格条項違反も認めた。

最後に、合衆国憲法第5編違反も第8巡回控訴裁判所は認めている。す

*27 *Gralike v. Cook*, 191 F. 3d 911 (8th Cir. 1999). 第8巡回控訴裁判所が違憲判決を下すまでの詳しい経緯については、see Terence M. Fitzpatrick, *The Speech or Debate Clause: Has the Eighth Circuit Gone Too Far?*, UMKC L. REV. 771, 773-74 (2000).

*28 *Gralike*, 191 F. 3d at 921.

*29 *Id.* at 922.

*30 *Thornton*, 514 U.S. at 836.

なわち、当該修正は、「第5編のプロセスに直接的に影響を及ぼそうという有権者による試み」であるが、「連邦最高裁の先例は、人民は憲法修正プロセスにおいて限定的な、第三者的役割を有するという結論を支持している」^{*31}。その先例とは、レファレンダムによる第18修正の批准を求めたオハイオ州憲法修正を違憲とした *Hawke v. Smith* ^{*32}である。そこで連邦最高裁は、憲法修正を批准する州立法府は連邦の作用を担っているのであり、それは「州の人民が課そうとするどんな制約にも優越する」^{*33}と述べている。

2 連邦最高裁判所判決

ミズーリ州憲法修正73をめぐる争いは連邦最高裁に持ち込まれ、2001年、連邦最高裁は *Cook v. Gralike* 判決^{*34}において連邦議会の任期制限を実現するためのこのような仕組みは違憲であると結論づけた。

もっとも、連邦最高裁の多数意見は、合衆国憲法の第5編に違反するとともに第1修正に違反するとともに、はたまた発言・討議条項に違反するとともに、しなかった。代わりに多数意見は、「連邦議会上院および下院議員の選挙を行う時、場所及び方法は、各州においてその立法部が定めるものとする」と定めるいわゆる選挙条項^{*35}に基づいて州が行える事柄に、ミズーリ州憲法修正の定めるようなラベル貼りは含まれないという理由で、違憲判決を下したのである。

Stevens 裁判官の執筆した多数意見は、問題となっている州憲法修正が合憲であるとする州側の主張は、次の二つの論拠に基づいていると整理す

*31 *Gralike*, 191 F. 3d at 925.

*32 253 U.S. 221 (1920).

*33 *Id.* at 230.

*34 531 U.S. 510 (2001).

*35 U.S. CONST. art. I, § 4, sec. 1.

る。第一に、当該州憲法修正は「合衆国憲法第10修正によって留保された、その代表に『指図するという人民の権利』の行使である」^{*36}。第二に、当該州憲法修正は「合衆国憲法第一編第Ⅳ節第Ⅳ項の選挙条項のもとで州に委任された、連邦議会議員選挙の『方法』の許容される規制である」^{*37}。

第一の主張に関して、多数意見は否定的な評価を下している。すなわち、

上告人は、第二回大陸会議、憲法会議、初期の連邦議会、第17修正以前の連邦議会上院議員の選出、そして一定の連邦憲法修正に大いに依拠している。しかしながら、[ミズーリ州憲法] 第Ⅷ編と異なり、上告人の挙げる例のどれも、不服従に対する明示的な法的サンクションに結びつけられていない。よく言って、上告人の法廷助言者 (amicus curiae) が指摘し、上告人自身が認めているように、共和国初期のある時点でのかかる歴史的な訓令は、それに従わないことが「政治的自殺」であったので「事実上の拘束力」を有していたかもしれないというだけである。この証拠は、第10修正が留保するところの、人民ないし州が法的に拘束力ある、つまり、勧告的なものではない訓令をその代表に与える権利を有するということを、いわんやかかる権利が連邦の代表に適用されるということを、証明するのには足りない。…

実際、反対の証拠が、第1回連邦議会が『代表に指図する』人民の権利を第1修正となったものに挿入する提案を退けたという事実によって与えられる。提案がなされたという事実は、その支持者達はそれが必要だと考えたということを示唆する。そしてそれが41対10で退けられたという事実は、我々は、提案に反対した人々の見解に重みを置くべきだということを示唆する。拘束力ある訓令が連邦議会の本質的な属性を傷つけるであろうというのが彼らの見解であった。^{*38}

もっとも、多数意見は上告人の主張するような権利が存在しないと断言し、それに基づいて違憲判決を下すことはしなかった。代わりに多数意見は、州の人民がその代表に指図するという、「上告人が主張する[第10修正によって——引用者注]留保された権利の存在（及び州憲法第Ⅷ編がそ

*36 531 U.S. at 518.

*37 *Id.*

*38 *Id.* at 520-21 (footnotes omitted). なお、多数意見において以上の点を論じた部分については、Souter 裁判官は加わっていない。

の範囲内にあること)を仮定してさえ、州がその指図に拘束力を与える手段として連邦議会議員選挙の投票所を使えるかどうかという問題は残る」ことを指摘した^{*39}。そして、その問いに否定的な答えを出すことで問題となっているミズーリ州憲法修正は合衆国憲法に違反するという結論に到達している。

多数意見は次のように論じている。選挙条項はそもそも、州の元来の権限ではないもの、すなわち、第10修正によって州に留保された権限ではないものを、州に委任している規定である。なぜならば、州に留保された権利とは、単に合衆国憲法によって禁じられていなければ認められるというわけではなく、合衆国憲法が制定される前に存在していたものに限られるが、連邦政府の「公職についての選挙を規制するというどんな州の権限も、合衆国憲法によるそれらの公職の創設には先行し得ない」からである^{*40}。

そうすると、州は、連邦議会議員選挙を自らが実施するにあたって、合衆国憲法の選挙条項が授權している権限しか行使できない。そして、「Thornton 判決で当裁判所がはっきりさせたように、『制憲者たちは、選挙条項を、手続的な規制を発する権限の付与として理解しており、選挙の結果を左右したり、あるクラスの候補者を優遇ないし冷遇したり、重要な憲法上の制約を回避したりする権限の源としては理解していなかった』」^{*41}。

問題となっているミズーリ州憲法修正をみると、それはしかし、「我々が理解する選挙の『方法』とは無関係である」^{*42}。それは、有権者に情報を提供するというよりも、むしろ、「任期制限の特定の形式を支持する候補者を優遇するよう設計されており」、「選挙の手続的メカニズムを規制

*39 *Id.* at 522.

*40 *Id.*

*41 *Id.* at 523 (quoting 514 U.S. at 833-834).

*42 *Id.* at 523.

するどころか、『選挙結果を支配』しようとするものである。連邦議会選挙のかかる『規制』は、単純に、選挙条項によっては授權されていない^{*43}。したがって、ミズーリ州憲法修正73は、合衆国憲法が州に認めた権限を逸脱したものであり、無効である。

なお、Thornton 判決で少数意見に回った4人の裁判官は、今回、反対意見を執筆しなかった。このことは、Thornton 判決では連邦議会議員選挙に関して州に留保された権限が存在すると主張していたことと矛盾しないか、問題となり得るが、個別意見を執筆することなく多数意見に加わった Scalia 裁判官以外は、そのような矛盾を認められない。すなわち、Thomas 裁判官は、州はここで問題となっているような選挙規制をする権限を欠くという多数意見の前提には賛成しないが、その前提を訴訟当事者が争わなかったという理由で、多数意見に同意している^{*44}。また、Rehnquist 首席裁判官は、違憲であるという結論については多数意見に同意しつつ、第1修正違反を理由とする意見を執筆し、O'Connor 裁判官がそれに加わっている^{*45}。

3 司法判決の意味

連邦最高裁の多数意見は以上で見てきたように、合衆国憲法の修正手続といった大きな論点を検討した下級審とは対照的に、選挙条項といういささかマイナーな条文に基づいて違憲判決を下した。この点、このように「連邦最高裁が憲法典の特定の条文に依拠し、狭い判示を与えた理由」の一つとして、「反現職者法案と投票所でのラベル法案とは、一般に、合衆国憲法が我々に託しているのはどんな種類のデモクラシーに関する難しい規範的諸問題を提起する」ことが指摘されている^{*46}。そうであれば、

*43 *Id.* at 526.

*44 *Id.* at 530.

*45 *Id.* at 530-32.

そのような問題を扱うことなしに結論を下すという選択肢がある場合には、その選択肢をとることは十分理解できる。

他方で、1999年に第8巡回控訴裁判所の判決が出て以降、2001年に連邦最高裁が判決を下すまでの間に出た、instruct-and-inform laws の合憲性を扱った諸論文は、巡回控訴裁判所判決の結論に批判的なものもあれば、肯定的なものもあったが、その判断を下す際に、訓令の検討に一定のページを割くのが常であった^{*47}。

これらのことは、現代のアメリカ憲法を——少なくとも理論的に——考察する際にも、訓令は（なお）無視できないものであることを示しているように思われる。日本では、訓令は身分制議会に特有なものとされ、「議員は個々の選挙区の選挙人およびいかなる団体（政治結社）の指令にも拘束されない、と説く自由委任ないし代表委任（mandat représentatif）の思想こそ、西欧型立憲主義憲法の代表制を支えてきた考え方である」^{*48}とされる。もし、アメリカ合衆国においても同様の認識が共有されているならば、訓令について議論する必要も、あるいは逆に、その違憲性について明言するのを避ける必要も、全くないであろう。

今日のアメリカ合衆国における訓令をめぐる状況はそうではなく、学説においては訓令について議論され、連邦最高裁はその違憲性を明言するのを避けている。このことは、同国の歴史を反映しているものと考えられる^{*49}。そこで次に、アメリカ合衆国の歴史における訓令を概観することにした。

*46 Vicki C. Jackson, *Cook v. Gralike: Easy Cases and Structural Reasoning*, 2001 SUP. CT. REV. 299, 300-01 (2001).

*47 E.g., Kobach, *supra* note 18; Amar, *supra* note 17; Fitzpatrick, *supra* note 27; Jackson, *supra* note 46.

*48 芦部・前掲註(2)244頁。

*49 前掲註(47)で挙げた諸論文も、歴史叙述に一定のページを割くのが常である。

II アメリカ憲法史における訓令

A. 前史

歴史家の Gordon S. Wood によれば、革命から合衆国憲法の制定までの間、「多くのアメリカ人が、その代表を、……拘束力ある指令を与えることのできる単なるエージェントないしツールと信じていた」^{*50}。

かかる代表観は革命以前に遡ることができる。「プリマス植民地では、早くも1640年9月に、代理人（deputies）に対する訓令について定める法律が制定され」^{*51}るなど、ニューイングランドのタウン・ミーティングの制度の特徴の一つとして、「民選議会（popular assemblies）の代理人に対する、投票に関する訓令という実務」^{*52}が挙げられる。18世紀においても、1720年代までにペンシルヴェニアとマサチューセッツの有権者が指図していたのは確実であり、「1750年代初頭までに、ヴァージニアの市民たちは訓令の存在が長く当然であったかのように訓令を討議している」^{*53}とされる。なお、「詳細で柔軟性のない訓令で代表の手を縛ることがいかに非生産的であるかを、タウンミーティングやカウンティの集まりといった指図する機関は知って」おり、「独立や新憲法についての決定のような重要な問題に関してのみ、厳格な訓令を発した」^{*54}。

独立期にも訓令は用いられた。例えば John Adams は、“Braintree

*50 GORDON S. WOOD, *THE CREATION OF THE AMERICAN REPUBLIC, 1776-1787*, at 371 (1969).

*51 Kenneth Colegrove, *New England Town Mandates*, 21 PUBLICATIONS COL. SOC'Y MASS 411, 414 (1919).

*52 *Id.* at 411.

*53 Alison G. Olson, *Eighteenth-Century Colonial Legislatures and Their Constituents*, 74 J. AM. HIST. 543, 556 (1992).

*54 WILL PAUL ADAMS, *FIRST AMERICAN CONSTITUTIONS: REPUBLICAN IDEOLOGY AND THE MAKING OF THE STATE CONSTITUTIONS IN THE REVOLUTIONARY ERA* 244 (2001).

Instructions” と呼ばれる1765年の印紙法に反対する一連の訓令を執筆したことで有名になったとも言われる^{*55}。

このような歴史を反映していると考えられるが、独立期に憲法で訓令権を保障する邦が複数存在した。その最初は、1776年のペンシルヴァニアであり、「人民は、集会し、自分たちの共通善について協議し、自分たちの代表に指図し (instruct their representative)、不平の救済を求めて立法府に演説、請願、抗議によって申し入れる (apply) 権利を有する」と規定し、ノースカロライナ (1776年)、マサチューセッツ (1780年) がそれに続いた^{*56}。また、第1回連邦議会が開かれた1791年に14番目の州となったヴァーモントの憲法も訓令権の規定を有していた^{*57}。

1781年に発効した連合規約 (Articles of Confederation) は、各邦の2～7名の代表 (delegate) からなる連合会議 (Congress) を設けたが、各邦は自らの代表に指図した^{*58}。このことは、連合規約上、「各邦は、その代

*55 Colegrove, *supra* note 51, at 436-37.

*56 See ROBERT LUCE, LEGISLATIVE PRINCIPLES: THE HISTORY AND THEORY OF LAWMAKING BY REPRESENTATIVE GOVERNMENT 453-54 (1930).

*57 See *id.* at 453. なお、アメリカ合衆国憲法制定の後も訓令権の憲法における保障は続々と現れている。See *id.* at 454-55; Colegrove, *supra* note 51, at 443 (1796年のテネシーから1889年のアイダホまでを挙げる)。

*58 See, e.g., Christopher Terranova, *The Constitutional Life of Legislative Instructions in America*, 84 N.Y.U. L. REV. 1331, 1340 (2009) (「フィラデルフィアの憲法会議に代表を送ったとき、支持すべき変更と妨げるべき変更に関して代表に諸邦が指図したのは確かである」)。

今日、連邦議会議員に対する訓令を認めるべきとする側は、しばしば、連合規約に言及している。E.g., Kobach, *supra* note 18, at 53; Terranova, *supra* note 58, at 1339-41. もっとも、当時の各邦はそれぞれ独立した国家であったのであるから、連合会議における代表は、近代議会の議員というよりも、大使に比すべき存在だったのであって、議員に対する訓令と関連付けてとり上げるのは適切ではないのではないかの疑問を呈することもできよう。

しかしながら、そうだとすると、次の点は注目に値するように思われる。それは、連合規約において、「連合会議における言論は自由で、会議外のいかなる法廷また

表の全部又は一部を任期中いつでも罷免……する権利を留保する」とされていること^{*59}，代表は個別にではなく邦毎にブロックで投票すること^{*60}にも見て取ることができる。

合衆国憲法を起草したフィラデルフィアの憲法会議でも，各邦は代表に指図をした。たとえば，デラウェアは，邦間の代表の数的平等に対するいかなる変更も拒絶すべしと指図していた^{*61}。「会議がしている行為を，自分たちの出席で黙認することさえ訓令は是認していないと感じ」て憲法会議を初期に去った者もいた^{*62}。

他方で，「フィラデルフィアにとどまった者たちは，ほとんど確実に，訓令が許している以上のことをした。規約を修正するよう指図されていたが，彼らは代わりに，新しい政府のシステムを創出したのである」^{*63}。そうであれば，そうして作られた「新しい政府のシステム」，すなわちアメリカ合衆国憲法が，訓令に対して否定的な態度を示したとしても，その出自からして自然なことであるように思われる。

B. 合衆国憲法の制定

連合規約における連合会議の代表と，合衆国憲法における連邦議会の議

は他のいかなる場所においても，弾劾または嫌疑の対象とされてはならない」(art. 5)と定められていたことである。この規定とリコール規定の存在との整合性についてはこれまでほとんど議論されていないようにみえる。Cf. Fitzpatrick, *supra* note 27, at 780 (フィラデルフィア憲法会議における「発言・討議条項に関する討議の記録はほとんど存在しない」)。

*59 ART. OF CONFED., art. V (1781). もっとも，実際にリコール権が行使されることがあったのか，議論がある。See Terranova, *supra* note 58, at 1340.

*60 ART. OF CONFED., art. V (1781).

*61 1 THE RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION OF 1787, at 37 (Max Farrand ed., rev. ed., 1937) [hereinafter 1 FARRAND] (statement of Reed).

*62 *Id.* at xiv.

*63 Terranova, *supra* note 58, at 1341.

員との間には、条文に明記されているところだけでも、大きな相違点があった。まず、邦／州によるリコール権が明記されなくなり、連邦議会議員の報酬は連邦政府の国庫から支出されることとなった^{*64}。また、上院議員は州毎にまとまってではなく、個人個人で投票するものとされた^{*65}。これらが、連邦議会議員の州からの独立を強める方向に作用することは間違いないであろうが、しかし、どの程度の独立を与えるものであるのか、少なくとも合衆国憲法制定時には、コンセンサスがなかったのかもしれない。というのは、合衆国憲法が制定された後に開かれた第1回連邦議会において権利章典が審議された際に、訓令権の扱いをめぐる激しい議論がされているのである。

「代表を指図する人民の権利 (the right of the people to instruct their representatives)」を後に第1修正となったものに挿入することは、1891年8月にサウス・カロライナ州選出の Thomas Tucker によって提案された^{*66}。この提案に対しては激しい議論の応酬がなされた^{*67}。反対論の論拠は大きく二つに分類することができる。一つは、訓令権の曖昧さである。James Madison は、それは、「人民が自らの感想や願望を表明し意思疎通する権利を有している以上のことを意味しない」のか、それとも、「代議員たちが訓令に従うよう義務づけられるという意味で人民が代議員たちに指図する権利を有する」ということまで意味するのか、疑問を呈している^{*68}。そして、そのような「はっきりしない (doubtful) 権利を盛り込む

*64 U.S. CONST. art. I, § 6, cl. 1.

*65 U.S. CONST. art. I, § 3, cl. 1. See Jay S. Bybee, *Ulysses at the Mast: Democracy, Federalism, and the Sirens' Song of the Seventeenth Amendment*, 91 NW. U. L. REV. 500, 513 (1997) (フィラデルフィアの憲法会議における議論を検討)。

*66 この討議については、第1修正の請願権の検討の一環として、拙稿「合衆国憲法第一修正の請願権の形成」都法43巻2号281頁(2003)で論じたことがある。

*67 See Terranova, *supra* note 58, at 1346 (「この提案された修正は、最も論争を呼んだものの一つ」であった)。

*68 1 ANNALS OF CONG., *supra* note 27, at 766.

ことは、憲法修正全体の批准を困難にするであろう」として、Tucker の提案に反対した^{*69}。もう一つは、それが統治の構造を根本的に変えるのではないかという点である^{*70}。

最終的に Tucker の提案は、下院では41対10^{*71}、上院では14対2^{*72}の票差で退けられた。

なお、連邦最高裁は *Gralike* 判決において、Tucker の提案が退けられたことを、訓令の権利が存在するというのとは「反対の証拠」を与えるものだとしている^{*73}。しかしながら、一般的に言って、合衆国憲法がある権利を保障しなかったことだけでは、論理必然的に、かかる権利を連邦法あるいは州法で保障することの禁止が導出されはしない。また、Tucker の提案は連邦議会の下院議員を対象としていたという指摘もある^{*74}。

実際、第1回連邦議会で権利章典に訓令権を盛り込むかどうか審議をした直後に、当時、上院の審議が非公開であった^{*75}ことに不満を持ったヴァージニア州議会が、上院の公開のために「最大限の努力」をするよう、

*69 *Id.*

*70 *Id.* at 767.

*71 *Id.* at 776.

*72 JOURNAL OF THE FIRST SESSION OF THE SENATE 70 (Wash., D.C., Gales & Seaton 1820) (proceedings of Sept. 3, 1789).

*73 521 U.S. at 521.

*74 See Bybee, *supra* note 65, at 521 (1997) (「制憲者たちは訓令が適合的でない下院の文脈で訓令権を検討しただけであるので、訓令権は憲法のデザインに反すると彼らが考えた結論づけることはできない」); Vikram David Amar, *Indirect Effects of Direct Election: A Structural Examination of the Seventeenth Amendment*, 49 VAND. L. REV. 1347, 1356 n. 38 (1996) (「この修正は、排他的にではないとしても、主に、人民によって指図されるであろう下院議員に向けられたものであった」); Terranova, *supra* note 58, at 1346 & n. 99 (Annals of Congress では、Tucker の提案において “Representative” と大文字の R を用いて記録がされていることを指摘)。

*75 See Elizabeth G. McPherson, *The Southern States and the Reporting of Senate Debates, 1789-1802*, 12 J.S. HIST. 223, 223-24 (1946).

自州選出の上院議員に指図している^{*76}。

C. 19世紀の訓令

19世紀前半の連邦議会の実務でも、訓令はしばしば登場している。それは、連邦議会上院議員に対する、州の立法府によるものであった。連邦議会下院議員については、次のような説明がある。

連邦議会下院議員はそれほど都合よく指図され得なかった。彼らの選出母体は勿論、有権者そのものであり、それゆえ代表を指図するために集まることが有効にはできなかった。代表は2年ごとに選挙されるので、選挙の頻繁さは、代表が有権者の見解を自らに知らしめることを保証した。立法府は、個々の連邦議会選挙区の事柄において完全に指図することはできなかった。なぜならば、合議体として、それは、それが代表した範囲——州一般——の指図にのみ資格を有するからである。州立法者たちは、これらの限界を認識して、上院議員のみを指図しようとした。彼らは、連邦議会下院のその州からの代議員たちには、自分たちの見解をアドバイスするだけであろう。^{*77}

それに対して、当時の連邦議会上院議員の選出母体は州の立法府であり、「指図するために集まることが有効に」できたし、もちろん、州全体のことについて管轄を有していた。また、連邦議会上院議員の任期は6年——フィラデルフィアの憲法会議でMadisonは9年を主張していた^{*78}——と下院議員よりもはるかに長いものであった。そして、州立法府は訓令に従わなかった議員に対して再任を認めないという制裁手段を有していた。もっとも、連合規約と異なり合衆国憲法にはリコール権が明記されなかったことから、議員が訓令に従わなかった場合の議員辞職は自発的なものをまつしかなかったようである。とはいえ、事実上、辞職は強制的であると

^{*76} *Id.* at 228.

^{*77} Bybee, *supra* note 65, at 518–19.

^{*78} 1 FARRAND, *supra* note 61, at 421–23.

評しうる状況も19世紀前半には存在していたように思われる。

19世紀初頭の訓令のケースとしてよく知られているのは、1812年の合衆国銀行の再免許に関するものである。ヴァージニア州議会はそれに反対票を投じるよう、州選出の上院議員に指図した。ヴァージニア州選出の上院議員の1人は訓令に従うことを拒み、もう1人も訓令が拘束的なものであることを否定したために、ヴァージニア州議会は、一連の決議を採択して、連邦議会における上院議員を指図することは州議会の疑う余地のない権利であると主張した^{*79}。ただし、興味深いことに、この決議において、「憲法違反や道徳的な墮落に加担するよう上院議員に求める」場合には別であるとされている^{*80}。

19世紀前半に訓令を積極的に使用したのが Andrew Jackson 大統領であった。彼は、南部の州議会で民主党が優勢になると、それらの州議会が Whig の上院議員に指図するよう指示した^{*81}。訓令の対象となった政治的争点の一つとして、第二合衆国銀行からの預金引き出しを理由とする Jackson 大統領の譴責 (censure) を上院の議事録から抹消するというものがあった。このとき、抹消を指図する訓令に従うことを拒んだ上院議員が少なからず辞職を余儀なくされている^{*82}。

現実の訓令の党派的性格は、その後、奴隷制をめぐる争いでの使用によってさらに強められたものと思われる^{*83}。このことを逆説的に示すのは、訓令の遵守を主張していた南部民主党員が、北部の民主党員が準州か

*79 Clement Eaton, *Southern Senators and the Right of Instruction, 1789-1860*, 18 J.S. HIST. 303, 305 (1952).

*80 *Id.* at 304-05; LUCE, *supra* note 56, at 464-65. n. 158.

*81 See Terranova, *supra* note 58, at 1355-56.

*82 See William H. Riker, *The Senate and American Federalism*, 49 AM. POL. SCI. REV. 452, 458-59 & n. 18 (1955).

*83 See Terranova, *supra* note 58, at 1357 (「南北戦争については至った、連邦から脱退するかという重大な判断を迫られて、南部のいくつかの州立法府は、自分たちの上院議員に自らの見解を表明するために訓令を用いた」)。

らの奴隷の排除に賛成票を投ずるよう求める訓令に従わなかったときにこれを賞賛したというエピソードである^{*84}。

このように、「南部の民主党に、永久にはないにしても強く結びつけられた」^{*85}訓令のドクトリンが人々の間で道徳的な訴求力を失っていったとしても、不思議ではないだろう。南部における訓令の歴史を研究した歴史家は、「1860年以降、訓令の権利のドクトリンは廃れるようになった」と結論づけている^{*86}。

Ⅲ 第17修正と訓令

A. 第17修正の訓令に対する影響の一般的な理解

州議会ではなく、州民が合衆国上院議員を選出することとした第17修正が訓令の実務の終わりをもたらしたというのは、しばしばみられる見解である。例えば、Kenneth Bresler は、「当該修正 [= 第17修正——引用者注] の批准は、上院議員の人民による直接選挙を設けただけでなく、アメリカの立法者に対する訓令の主要な源……を除去した」^{*87}と評している。

連邦議会下院議員については訓令が上院議員に対するほどには用いられなかった理由の一つとして、前者の選出母体は、第17修正成立以前の後者の選出母体、すなわち州立法府ほどには明確な輪郭を持ったものではなかったことが挙げられる^{*88}。しかし、第17修正は、後者の選出母体を前者のそれと類似したものにしてしまった。そうであれば、第17修正が訓令にとどめを刺したというのは納得できる説明であろう^{*89}。

^{*84} See *id.* at 1358.

^{*85} *Id.* at 1357.

^{*86} Eaton, *supra* note 79, at 319.

^{*87} Kenneth Bresler, *Rediscovering the Right to Instruct Legislators*, 26 NEW ENG. L. REV. 355, 367 (1991).

^{*88} See *supra* note 77 & accompanying text.

なお、第17修正の連邦議会による発議に際しても、訓令の存在が記録されている。アイダホ州議会が、上院議員の直接選挙を定める憲法修正の発議に賛成するよう、同州選出の Weldon Heyburn 上院議員に指図したのである。Heyburn 議員は訓令に従うのを拒んだが^{*90}、第17修正が訓令の消滅をもたらしたとするならば、その実現のために訓令が用いられたことが「最大の皮肉」^{*91}と評されるのももっともなことに思える。

とはいえ、次の点には注意が必要のように思われる。第一に、前述のように、訓令の実務は第17修正以前にすでに廃れていたという指摘があることである。Terranova は、「合衆国憲法と、州立法府の構造と、支配的な憲法文化との間の相互作用が——第17修正単独ではなく——訓令の没落に寄与した」と主張している^{*92}。

第二に、第17修正は、文字通りには、連邦議会上院議員の選出母体を変更しただけであるという点である。そうだとすると、もしそれまで連邦議会上院議員に対する訓令が合憲であったのであれば、新たな選出母体——州民全体——による訓令もまた、合憲と解する余地があろう^{*93}。この点、Kris W. Kobach は、第17修正の成立とほぼ同時期に多くの州で採用されたイニシアティブという新しい制度的革新^{*94}が、「市民に、連邦議会の上

*89 See Kobach, *supra* note 18, at 80-81 (「1913年の第17修正の成立後、州の立法者達は、合衆国議会上院議員の唯一の選出母体ではなくなったので、合衆国上院議員に対する訓令を発することがもはやできなくなった。これは、全国レベルでの選出母体による訓令の終わりを説明する」)。

*90 2 GEORGE H. HAYNES, THE SENATE OF THE UNITED STATES 1030 (1938).

*91 Bybee, *supra* note 65, at 527.

*92 Terranova, *supra* note 58, at 1332.

*93 第17修正は訓令を明示的に禁じているわけではない。もっとも、第17修正成立当時に、それが統治の仕組み全般にもたらす影響についてあまり議論されておらず、訓令に対する影響についての議論も同様であるように思われる。参照、拙稿「合衆国憲法第17修正の成立」専修ロー12号209頁、219-220頁（2017）。

*94 革新主義時代の諸州における直接立法制度の成立については、参照、拙稿「直接民主主義と共和政体——The Story of Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oregon, 223

院議員と下院議員とに指図することを許すであろう」^{*95}と主張している。

B. 訓令と第17修正の成立

アメリカ合衆国における訓令の検討を目的とする本稿にとって第17修正が興味深いのは、その成立がもたらしたものよりもむしろ、その成立にいたる過程での訓令の働きであるといえるかもしれない。というのは、第17修正の成立過程と20世紀末の多選制限運動のプロセスとの類似性が、しばしば指摘されているのである^{*96}。そこで、第17修正の成立過程を確認しておこう^{*97}。

上院議員の直接選挙を求める運動は、19世紀末から広がっていったが、まずは「直接プライマリー」という形で実現した^{*98}。これは、州民が誰を上院議員として欲するかを表明する機会を与えるものであった。しかし、これは州議会議員を法的に拘束するものではなかった^{*99}。そこで、1904年にオレゴン州では、「オレゴン方式」とも呼ばれる次のような仕組みがイニシアティブを通じて導入された。それは、州議会議員選挙の立候補者に対して、州民が選んだ連邦議会上院議員候補に投票するか、それとも、州民の判断に従わないと考える十分な理由があるときには自らの判断で投票するか、どちらかを誓約させるというものであった^{*100}。これによって、も州立法府の議員は法的に拘束されているわけではないが、多くの立候補者が前者を選び、そして、連邦議会上院議員の選出時に自らの誓約を守っ

U.S. 118 (1912) 大沢秀介・大林啓吾編『アメリカ憲法と民主政（仮題）』（成文堂、近刊予定）。

*95 Kobach, *supra* note 18, at 81.

*96 *E.g.*, Kobach, *supra* note 8; Rotunda, *supra* note 17; Amar, *supra* note 17.

*97 詳しくは、拙稿・前掲註(93)。

*98 1 HAYNES, *supra* note 90, at 99-100.

*99 *Id.* at 101.

*100 *Id.* at 101-03.

た^{*101}。

合衆国議会上院議員の選出に関するこのような方式は他州にも広がっていき、また、より拘束力の強いものへと発展していった。ネブラスカ州では、オレゴン方式をさらに進めて、州立法府の選挙にあたって投票所で候補者の氏名に当該候補者が人民が選んだ上院議員に投票すると約束したか否かが付記されるようになった^{*102}。また、オレゴン州では、その州憲法に、州有権者の選択した人物を合衆国上院議員候補者に選出することを州立法府に求める規定を設けるまでにいたった^{*103}。

オレゴン方式は「1905年と1908年の間に15州で採択された。1908年の終わりまでに、28州がそこにおいて上院議員が事実上人民的に選出される何らかのメカニズムを有していた」^{*104}。そして、第17修正が連邦議会で発議されたとき、すでに上院議員の約6割が事実上、州民の直接選挙によって選出されていたのである。

C. 第17修正と多選制限運動

第17修正の成立の際に用いられた訓令は、当時、連邦議会上院議員を選出していた州立法府の議員に対するものである点で、確かに、20世紀末の“instruct-and-inform laws”におけるそれとは異なっている。しかしながら、当時の合衆国憲法上、連邦議会上院議員は「州立法府 (legislature)」が選出するという明文規定が存在していたにもかかわらず、それについて州立法府ではなく、州民が事実上の、あるいは法的な決定権を有していたことは、代表——連邦議会におけるのであれ、州立法府におけるのであれ——よりも人民の意思が優位すべきことを示すものと捉えることも考え

*101 *Id.* at 102-03.

*102 *Id.* at 103.

*103 Riker, *supra* note 82, at 466.

*104 Kobach, *supra* note 8, at 1978-79 (footnotes omitted)

られる。そうであれば、現代の“instruct-and-inform laws”の合憲性を論証するのに第17修正の歴史を援用することも考えられるであろう。

実際、第17修正の成立にいたる過程で登場した、州議会選挙の立候補者に連邦議会議員の直接選挙に関する自らの立場を述べるよう義務づける仕組みは、Thornton 判決直後に Robert Rotunda によって言及され、そして、「同様の陳述を求めてロビイ活動する多選制限の支持者達」が予測されていた^{*105}。その後の経緯はその予測通りのものであった^{*106}。

その予測に続けて、Rotunda は、「投票所で候補者の所属政党は何年も掲げられてきており、今世紀初頭の革新主義者たち及び彼らによる第17修正の後押しの経験が、誓約もまた投票場で適切に掲示されることを証明している」^{*107}のであるから、「投票所にかかる情報を掲示することは違憲ではないし、まれなことですらない」^{*108}と述べている。しかし、連邦議会議員選挙の立候補者について、任期制限に関する情報と所属政党に関する情報とが同視できるというこの見解は、すでに見たように連邦最高裁が受け入れるところとはならなかった^{*109}。

Vikram David Amar もまた、第17修正の「この歴史は、現代の緋文字の支持者にとって強力な歴史的支持たり得る」^{*110}とする。Amar は、次の点を指摘している。第一に、「ネブラスカ州の緋文字規定もオレゴン州憲法の規定も、模倣した他州の措置同様、合衆国最高裁で、そのことでいえば下級裁判所でも、決して争われなかった」^{*111}。第二に、「もしオレゴン州

*105 Rotunda, *supra* note 17, at 210.

*106 I B 参照。

*107 Rotunda, *supra* note 17, at 210.

*108 *Id.*

*109 *Gralike*, 531 U.S. at 523-24 (「上告人は、州憲法第Ⅷ編が『単に、連邦議会選挙の候補者に関する情報を規制しているだけである』と主張する」が、「我々は同意しない」)。

*110 Amar, *supra* note 17, at 1071.

*111 *Id.*

やネブラスカ州のモデルが違憲であるならば、それは、10年以上もかかる仕組みを用いてきた州から選出された上院議員は全て正統でないということの意味しうる」^{*112}とともに、「これらの汚染された上院議員によって承認された連邦最高裁および連邦下級裁判所の裁判官もまた、ある意味で正統でない」^{*113}ことになる。「このように10年以上も連邦の政治制度全体が *ultra vires* であったと、連邦政府の三部門のどれかで誰かが結論づけることを想像するのは、とても難しい」^{*114}と Amar は主張する。

おわりに

アメリカ合衆国憲法には訓令権を保障する規定はなく、それどころか、憲法修正でそのような規定を設けることは第1回連邦議会で退けられている。にもかかわらず、少なくとも19世紀前半まで、連邦議会（上院）において訓令という実務は、一定の存在感を有していた。

確かに訓令には、いかにしてそれを実現するかという問題、すなわち、議員の不服従に対して取り得る手段という問題が存在している。19世紀前半におけるその存在感は、不服従の際には辞職すべしという規範が政治文化として存在していたことを土台の一つとしており、それが失われたならば、訓令が連邦議会政治の舞台から姿を消していくのは必然的と評することができよう。

とはいえ、実現手段とは別に、訓令という観念をどう評価するかという問題はなお、残されているのではないだろうか。このことは、連邦最高裁が、「州がその指図に拘束力を与える手段として連邦議会議員選挙の投票所を使えるかどうかという問題は残る」^{*115}と述べていることにも現れてい

*112 *Id.*

*113 *Id.*

*114 *Id.*

るように思われる。

そしてまた、訓令一般については消極的な評価が下されるべきだとしても、現実政治における訓令の登場をもたらし、訓令の再評価が求められるような特殊な状況が存在することを、20世紀末の多選制限運動が（改めて）認識させたとはいえるのではないだろうか。すなわち、議員の自己利益が問題となる状況である。このような状況で（も）いかにして民主政を実現するのか、今後検討が進められるべき課題であるように思われる。

*115 Gralike, 531 U.S. at 522.